Metodologías

EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Convergencias y divergencias

Diana Beatriz González Carvallo
Rubén Sánchez Gil
Coordinadores

Suprema Corte de Justicia de la Nación
Centro de Estudios Constitucionales SCJN

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación

PO
I070
T477t

El test de proporcionalidad : convergencias y divergencias / coordinadores Diana Beatriz González Carvallo, Rubén Sánchez Gil ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; [autores] Barak Aharon [y otros trece] ; presentación Ministro Arturo Zaldívar. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
1 recurso en línea (xxvii, 549 páginas ; 23 cm.). -- (Metodologías)

ISBN 978-607-552-192-3

Material disponible en PDF

Contenido: Una agenda de investigación para el futuro / Aharon Barak – Proporcionalidad y juicio constitucional en México / Rubén Sánchez Gil – Comentario al artículo "Proporcionalidad y juicio constitucional en México", de Rubén Sánchez Gil / María Inés Pazos – El concepto de intervención de los derechos fundamentales en el test de proporcionalidad : un estudio de la dogmática alemana / Arnulfo Daniel Mateos Durán – La finalidad legítima en el test de proporcionalidad y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación / Frida Daniela Ibarra Olguín – La estructura de la finalidad legítima / Víctor Jesús Castañeda Rojo – Necesidad y ponderación / Martin Borowski -- Un modelo alternativo para la ponderación jurídica / María Inés Pazos – Proporcionalidad en su sentido estricto y medición de la intensidad de las restricciones a los derechos fundamentales / Jorge Silva Sampaio – Ponderación de derechos e intereses : sobre la tesis asimétrica de Schauer / Matthias Klatt – Asimetría constitucional y los límites de la ponderación : una nota crítica a la postura de Matthias Klatt / Miguel Ángel García Godínez – Comentario a "Ponderación de derechos e intereses : sobre la tesis asimétrica de Schauer" / Bernardo Gallegos – Entonces, ¿cuál es el verdadero legado de Oakes? : dos décadas de análisis de proporcionalidad bajo la sección 1 de la Carta Canadiense / Sujit Choudhry – Proporcionalidad e igualdad / Vicki C. Jackson

1. Test de proporcionalidad – Metodología – Estudio de casos 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Jurisprudencia – Análisis 3. Principio de proporcionalidad – Normas constitucionales – Estudio de casos – México 4. Derechos fundamentales – Intervención judicial – Alemania 5. Ponderación – Teoría 6. Derechos fundamentales I. González Carvallo, Diana Beatriz, coordinador II. Sánchez Gil, Rubén, 1975- , coordinador III. Aharon, Barak, 1936- , autor IV. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo V. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales VI. ser.
LC K3370

Primera edición: abril de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Un modelo alternativo para la ponderación jurídica*

María Inés Pazos**

* Este trabajo fue realizado en el marco y con el apoyo del proyecto de investigación "Lógicas no clásicas y argumentación en ciencia", identificado como PAPIIT IN401619, de la UNAM.

Texto presentado en su versión original el 15 de junio de 2020 en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el marco de su Seminario Permanente sobre el Test de Proporcionalidad.

** Agradezco los comentarios a los avances y versiones previas de este trabajo a los miembros del seminario de lógicas no monotónicas de la UNAM, entre ellos, los miembros del proyecto PAPIIT, en cuyo marco se desarrolla este trabajo, en particular a Raymundo Morado y a Froilán Hernández. Agradezco a Vicente López su ayuda en el mecanismo del cálculo de utilidades.

Sumario: A. Introducción; B. Principios jurídicos y optimización; C. Utilidad y satisfacción de principios; D. La decisión en el caso *Titanic*; E. Utilidad y decisión jurídica, un paso más allá de la ponderación; F. Conclusiones.

A. Introducción

La ponderación jurídica es uno de los temas más actuales y controvertidos en teoría jurídica, filosofía del derecho y derecho constitucional. Es aplicada en los tribunales tanto europeos como latinoamericanos.[1] Hay muchos temas vinculados a ella. El más general es el de la justificación de las decisiones judiciales sobre principios de rango constitucional que defienden derechos fundamentales, en el marco general de la argumentación jurídica. Este tema es dependiente, a su vez, de la vinculación normativa en la argumentación jurídica con el discurso jurídico, con el discurso práctico en general, y de manera más simple, con la justificación de las decisiones judiciales. Pero junto a esos problemas tan complejos y debatidos en filosofía del derecho podemos distinguir uno mucho más limitado, el de la optimización de bienes, en este caso, bienes jurídicos en colisión.

[1] Véanse Bindi (2016), Armenta (2019) y Covarrubias Cuevas (2014).

En general se ha estudiado la ponderación desde la óptica de la justificación de la decisión judicial, por lo general mostrando una preocupación por la objetividad. Aquí me ocuparé de una cuestión algo diferente, del concepto de optimización de principios en colisión y de la racionalidad de la operación de optimizar. No cuestiono, entonces, que en la ponderación jurídica haya implícito un deber de optimizar, ni me pregunto por su justificación. Creo que ese deber es relativamente fácil de justificar en la noción de principio como mandato de optimización sumado a la tesis de que hay derechos fundamentales resguardados constitucionalmente por medio de principios. Ésa sería una justificación mínima que debería completarse con una teoría más completa de la decisión judicial. Sin embargo, no tengo por objetivo en este trabajo discutir una teoría tal, ni una justificación completa de las decisiones en caso de colisión de principios. Sólo asumo algo, en general, aceptado: que en estos casos el razonamiento jurídico supone una operación de optimizar la protección de bienes o realización de fines consagrados en principios jurídicos. En ese contexto, analizo la operación de optimización.

Es necesario tener claros los conceptos relacionados de optimización y el de acción de optimizar. Llevamos a cabo acciones de esta clase en la vida ordinaria en contextos muy diferentes. Optimizar es maximizar los beneficios y minimizar los daños respecto de la consecución de algún fin o de la combinación de varios fines. Los fines podrían ser de cualquier naturaleza: descansar, ser felices, obtener conocimiento, ser buena persona, mejorar la economía nacional o reducir el calentamiento global.

Cuando los fines compiten, porque la persecución de uno restringe la de otro, entonces la optimización implica obtener el mayor beneficio y menor perjuicio en la realización conjunta de ambos fines. En la vida diaria pueden competir, por ejemplo, el fin de descansar más y el de trabajar más o el de vivir en un lugar tranquilo y el de residir cerca del trabajo.

A veces las elecciones son difíciles, ¿prefiero quedarme en México con mi pareja o aceptar un puesto en Alemania? ¿Invierto mis ahorros en una

fundación para la defensa de los animales no humanos o compro una cabaña en una zona rural, para descansar? En algún sentido, estas elecciones no son racionales, no lo son porque dependen de preferencias subjetivas. Pero hay un sentido en el que sí son racionales: lo son si, una vez que establecimos nuestras preferencias, éstas guardan entre sí algunas relaciones lógicas. Muchas veces la mejor decisión no es optar entre los dos bienes, por ejemplo, entre vacaciones o trabajo, México o Alemania, el bienestar de los animales o el mío. A veces ni siquiera es necesario preferir uno para tomar la decisión. Puedo equilibrar el trabajo con el descanso, invertir parte de mis ahorros en fundaciones para el bienestar animal y rentar una cabaña en las vacaciones. Estas observaciones que parecen tan obvias hacen la diferencia decisiva a la hora de proponer un modelo de optimización. Un modelo tal es el objeto de este trabajo.

Conforme con lo anterior, mi propuesta tiene un alcance limitado, no pretende ser una teoría completa de la decisión judicial sobre principios jurídicos en colisión, ni tampoco una en el área más limitada de la defensa de derechos fundamentales. Es una propuesta para determinar la racionalidad lógica de decisiones que tienen por fin optimizar bienes jurídicos de conformidad con dos principios constitucionales, en casos de colisión entre esos principios. No asumo que la optimización sea lo único que deba tomarse en cuenta cuando se aplican principios jurídicos en colisión. Sólo propongo una herramienta para la optimización. A esta herramienta y a la acción de aplicarla las llamo "ponderación jurídica" o, simplemente, "ponderación".

Como herramienta para la ponderación, el modelo que propongo es instrumental. Es, sostengo, una manera correcta de optimizar, una versión que mejora al modelo estándar. No pretende reemplazar a la razón práctica como herramienta para la toma de decisiones jurídicas. El razonamiento práctico incluye razonamiento instrumental, entre otros. Si está justificado promover fines protegidos por principios jurídicos, entonces debe buscarse medios adecuados para promover esos fines. Los medios pueden limitarse de distintas maneras, puede haber límites fácticos y

jurídicos, eventualmente podría argumentarse que hay también límites morales a la persecución de fines legales o constitucionales. El modelo no asume tipos específicos de límites.

Para que sea aplicable este mecanismo deben concurrir las siguientes condiciones. Debe haber dos principios constitucionales que defienden sendos derechos fundamentales. Esos principios han de ordenar optimizar algo, que es por ello considerado un bien jurídico (por ejemplo, la libertad personal, la educación, la salud, la igualdad, etc.). Debe haber, en un caso particular, una colisión entre esos dos principios; esto significa que la optimización de cualquiera de los dos bienes resulta comprometida si se optimiza el otro. Finalmente, debe haber un sujeto (podría ser una persona individual, un cuerpo colectivo, un órgano de gobierno, etc.) que toma una decisión en ese caso particular respecto de cómo aplicar esos dos principios. En un contexto como ese, propongo un mecanismo para la toma de esa decisión que indica qué opciones, entre las disponibles, son más racionales en términos de optimización, esto es, cuáles decisiones optimizan mejor los bienes protegidos por los principios.

La propuesta es puramente lógica. No pretende dar una respuesta jurídicamente correcta al caso, ni indicar la decisión moral más justa. Sólo responde a la pregunta de ¿qué significa optimizar los bienes involucrados en un caso de conflicto de principios? La acción que optimiza adecuadamente es considerada, en este contexto, la más racional. En tanto la optimización es una cuestión de grado, puede considerarse que hay, correlativamente, grados de racionalidad. Aunque no propongo una teoría de la razón práctica, sí asumo que, cuando un discurso práctico usa como parte de su argumentación la razón instrumental, debe satisfacer a este tipo de racionalidad, del mismo modo que si usa razonamientos deductivos, éstos tienen que ser válidos y si realiza una inducción, ésta debe ser correcta. La argumentación es una práctica que combina razonamientos de distinto tipo.

Este trabajo es paralelo al de Robert Alexy acerca de cómo llevar a cabo una ponderación de principios jurídicos definidos como mandatos de

optimización.[2] Aunque la suya es una propuesta más general, ofrecida como una teoría de la decisión judicial correcta para casos de este tipo. Mi único fin es dar una respuesta a la pregunta de cómo es racional optimizar, aunque considero que la optimización es una parte de lo que, en principio, debería tomar en cuenta el órgano decisor en casos de esta clase.

Cuestiones como si el juez tiene obligación de aplicar esos principios, si puede o debe incluir o excluir parámetros adicionales (como la justicia, la conveniencia política, la satisfacción personal del juez, etc.) no son incorporadas en el modelo, no porque sean irrelevantes para tomar una decisión judicial o evaluarla, sino porque este modelo no permite considerar esas sentencias más que desde el punto de vista mencionado: la racionalidad de la operación lógica de optimizar los bienes protegidos por dos principios en colisión. Esto es compatible con diferentes teorías de la decisión práctica y, en particular, es compatible con la de Alexy quien, para el caso de la ponderación, también propone explícitamente un modelo de optimización.

Mi propuesta es un mecanismo para la ponderación. La expresión "ponderación" (*balancing*) es usada de manera vaga y ambigua en el ámbito del derecho. Aquí lo uso en un sentido restringido, en el que ella es sólo una parte de la operación de decidir en casos de colisión de principios: la parte que concierne a la optimización.

Llamo "ponderación" a la operación que justifica racionalmente, desde el punto de vista de la razón instrumental, la elección de una acción cuyo fin es la optimización de dos bienes. Cuando esta operación la aplicamos a principios jurídicos en colisión la llamo "ponderación jurídica". Sugiero que este modelo de ponderación sea usado para realizar o evaluar decisiones judiciales en casos de conflictos de principios, en la medida en

[2] El método de Alexy para la ponderación aparece por primera vez en Alexy (2002) y posteriormente en otros trabajos. Uno de los más claros es Alexy (2003).

que esa decisión tenga por fin optimizar los bienes defendidos por los principios.

La importancia de esta propuesta no está en el ámbito de la teoría del discurso práctico en general ni en la teoría de la decisión judicial. No incursiona en esos ámbitos.

Es importante porque discute —y es una alternativa a— un modelo de optimización que se acepta de manera prácticamente uniforme. Se han hecho muchas críticas a la propuesta de Robert Alexy, que es el modelo estándar para la ponderación, pero ninguna la analiza en tanto mecanismo de optimización. Es criticada por razones vinculadas básicamente al establecimiento de sus premisas sustanciales, pero no en cuanto a si cumple la función que se propone, la de optimizar, ni en cuanto a cómo lo hace. En particular, no se analiza de cerca ni se presentan alternativas para el último paso de su examen de proporcionalidad: la fórmula del peso. Me parece por lo menos extraño que no haya alternativas teóricas en la filosofía y la teoría jurídica a la fórmula del peso, a pesar de que la jurisprudencia sí ha usado fórmulas diferentes. Es un vacío en el que la teoría jurídica necesita incursionar.

Es importante, en especial, porque abre la discusión sobre la estructura del tercer principio de proporcionalidad, único paso realmente cuestionable del examen de proporcionalidad de Alexy y núcleo de éste, y así invita a participar en este debate y a hacer otras propuestas.

Mi modelo funciona de la siguiente manera. Su resultado es la asignación de valor a un conjunto de decisiones respecto de la medida en que se optimizan dos bienes. La o las decisiones con más valor son consideradas las más racionales. La racionalidad aquí es, como dije, instrumental. La decisión es más racional en el sentido de que es el mejor instrumento para la optimización. No debe considerarse que la racionalidad a que me refiero involucre ningún otro parámetro de evaluación y, en particular, no implica ni corrección jurídica ni corrección moral (en ninguno de los

múltiples sentidos que pueden tener estas expresiones). Los razonamientos instrumentales son casi siempre parte de nuestros razonamientos prácticos, y en el caso de la ponderación (como cualquier razonamiento dirigido a fines), parte necesaria de la argumentación jurídica.

El valor de la acción es representado por lo que llamo "utilidad". La decisión que tiene (o genera) más utilidad es la que optimiza correctamente los bienes involucrados. La utilidad aquí no debe asociarse a beneficios económicos. Al contrario, como vimos, los beneficios involucrados lo son respecto de bienes jurídicos y de satisfacción de principios constitucionales.

No se asume que haya una única decisión mejor que todas las demás. La decisión es racional cuando se escoge o bien la mejor de todas o bien una entre varias del mismo valor. Las últimas son igualmente racionales.

La herramienta que voy a utilizar es una adaptación sencilla del cálculo de utilidades empleado en la teoría económica. Como no lo estoy aplicando a bienes de consumo sino a algo de naturaleza tan diversa como derechos fundamentales, es muy importante entender el significado en el cual se usan aquí los términos económicos tomados en préstamo.

El esquema de este trabajo es el siguiente. En la siguiente sección (B) establezco una relación conceptual entre principios jurídicos y optimización conforme a la cual ponderar es optimizar los bienes resguardados por principios en colisión. En la tercera (C), propongo un método basado en la utilidad para escoger la decisión más racional en el sentido de ser la que mejor cumple la tarea de ponderar, entendida la ponderación como se explica en la sección segunda (B). En la cuarta sección (D) aplico el método de ponderación presentado en la sección anterior (C) a un caso ya discutido en la literatura sobre ponderación jurídica, y muestro cómo el método que propongo es el más adecuado para cumplir con el fin de la optimización. En la sección tres señalo algunos límites de la ponderación en tanto método para tomar decisiones judiciales, en la medida en que

tales decisiones pueden requerir del uso de parámetros diferentes a los contenidos en los principios como mandatos de optimización. En particular señalo la posibilidad de que sea deseable considerar el valor de la equidad, el que podría llevar a decisiones con menos utilidad, aunque más justas. Es una sugerencia que no pretende proponer una teoría de la decisión judicial justa. Finalmente, presento algunas conclusiones.

B. Principios jurídicos y optimización

Optimizar es obtener algo en la mayor medida posible. Más precisamente, significa maximizar los beneficios y minimizar los perjuicios. Una acción optimiza un fin o un bien si nos aproxima a ese fin o bien. Ejemplos son el fin de ser rico o el de ser feliz. Nuestras acciones optimizan esos fines si nos acercan a ellos o consiguen que nos alejemos lo menos posible. La optimización es la manera racional de actuar respecto de fines que no pueden alcanzarse por completo, y respecto de los cuales es mejor aproximarse que no cambiar la situación y no cambiar la situación que alejarse. Hay grados de proximidad a fines de esta clase.

Los fines que deseamos optimizar a veces entran en colisión entre sí. Esto ocurre cuando, en circunstancias particulares, una acción en favor de uno de ellos reduce la posibilidad de aproximarse al otro. Por ejemplo, deseo (tengo el fin de) terminar este artículo esta noche, pero también el de descansar. Si realizo en la mayor medida posible el fin de acabar el artículo reduzco las posibilidades que tendría, si no me quedara escribiendo, de irme a dormir temprano. La colisión se produce porque, por la razón que sea, en este caso el problema fáctico de falta de tiempo, no se puede realizar una acción (o conjunto de acciones) que satisfaga ambos fines en la máxima medida posible. Si decido quedarme despierta en la noche para acabar el escrito, se reducirá mi tiempo de descanso. A la inversa, si me acuesto temprano para descansar bien, no podré terminar este trabajo.

Los principios jurídicos son definidos por Robert Alexy como mandatos de optimización.[3] Esto significa que ordenan aproximarse a cierto fin en la mayor medida posible o dirigirse hacia cierto estado de cosas ideal, lo que se denomina un "ideal regulativo". De este tipo son, por ejemplo, el principio de igualdad, de libertad de expresión o el que resguarda el derecho a la salud. Un principio jurídico ordena optimizar un cierto bien jurídico (algo valorado por el mismo sistema legal), como la igualdad, la libertad o la salud.[4] Como el tema de la ponderación se trabaja mayormente en relación con principios constitucionales, mi análisis se centrará también en esta clase de principios, aunque el método puede aplicarse también a otros. De manera que, cuando necesitemos ejemplos, nos remitiremos a conflictos entre principios constitucionales.

En ocasiones, respecto de un caso particular, los principios jurídicos que defienden derechos de individuos diferentes (en algunos casos podrían ser de un mismo individuo) entran en colisión. Consideremos un ejemplo usado por Robert Alexy, el caso *Titanic*.[5] Una revista de gran difusión alemana llamada *Titanic* describe a un oficial de reserva parapléjico primero como "asesino nato" y, en una edición posterior, como "tullido". El oficial demanda a la revista por lesionar su derecho a la personalidad.

---

[3] Ya desde de la versión en español (Alexy, 1985, p. 86), en su *Teoría de los derechos fundamentales*, donde estudia el tema de la ponderación sin proponer aún su conocido "Examen de proporcionalidad" que aparece en Alexy, 2002. La definición de principios como mandatos de optimización la mantiene en toda su obra y es razonable asumir que sus argumentos acerca de cómo aplicar principios se proponen, al menos en principio, llevar a cabo la tarea de optimizar.

[4] En el caso de Alexy, no necesariamente esos principios tienen que estar expresos en el sistema jurídico, puede verse el rol de los principios en el Derecho, por ejemplo, en (Alexy, 1985). Sin embargo, la teoría de la argumentación de Alexy no es precisamente una acerca de la aplicación de normas jurídicas, entendidas como la obediencia del juez a un mandato del sistema positivo. En su concepción, la argumentación jurídica es un discurso que tiene como base materiales autoritativos (como el derecho positivo), pero que incluye una teoría de la racionalidad o razonabilidad en el marco de una teoría del discurso jurídico, vista como un caso especial del discurso práctico general. Véase. p. ej.. Alexy (1978 y 2010). La propuesta sobre la ponderación de Alexy no se limita a un análisis de optimización en el sentido que yo estoy usando (lo que puede hacerse fuera de un contexto jurídico). Para él, la ponderación es el último paso de una decisión justificada en el marco del discurso jurídico. Pero su examen de proporcionalidad, aunque enmarcado en el discurso jurídico, sí tiene como fin la optimización, la cual entiende como el resultado de aplicarlo.

[5] Caso citado por Robert Alexy (2003, p. 435).

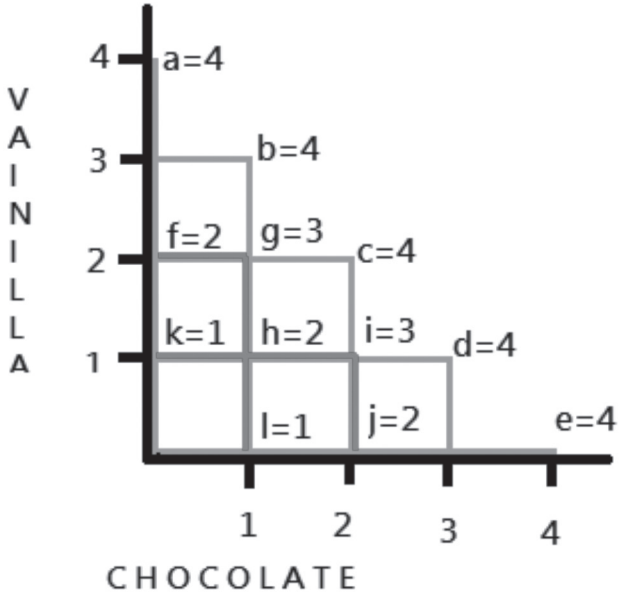
La revista se defiende apoyada en el derecho a la libertad de expresión, ambos derechos están protegidos por principios constitucionales. El Tribunal Constitucional alemán resolvió por medio de lo que llamó una "ponderación de caso específico". Este trabajo es una propuesta acerca de en qué podría consistir esa operación.

Asumo que tanto las máximas constitucionales involucradas son principios como que los principios son máximas de optimización. Si la decisión tiene por fin (o al menos como uno de ellos) obedecer o aplicar esos principios, entonces al menos parte de lo que se propone es optimizar los bienes que esos principios defienden. Propongo aquí un mecanismo para reconocer la acción más racional, específicamente, en cuanto a la realización de esa optimización.

Consideremos un caso ordinario de optimización en la vida cotidiana. Deseo tomar helado, cuanta más cantidad, mejor. Hay disponible de chocolate y de vainilla. Existe una restricción a la cantidad que puedo tomar, ya que no me sirven más de cuatro bolas de helado. Me preguntan entonces cómo quiero mi helado. ¿Cuáles son las opciones disponibles, es decir, las que puedo conseguir? Puedo tomar una bola de cualquiera de los dos sabores, una de un sabor y dos de la otra, dos de cada sabor, tres de un sabor y una del otro, o cuatro bolas de uno sólo de los dos sabores. Esto es, están a mi disposición todas las opciones que sumen como máximo cuatro bolas de helado. ¿Cuál es más racional? Si lo que deseo es tener el máximo posible, la acción más racional será la que me dé más, de entre las disponibles. ¿Más de qué? Más de aquello que deseo, lo que llamo un "bien". Al valor que tiene para mí una cantidad de bienes lo llamo "utilidad". Mi propósito es aumentar esa utilidad (no la cantidad de bienes, sino su valor, que no es entendido en sentido económico). Decimos también que las acciones tienen utilidad, el valor de su utilidad es el de su resultado porque consideramos el valor de la acción en tanto instrumentos para ese resultado. Así, la opción de escoger tres bolas de helado de vainilla tiene la utilidad de esas tres bolas de helado, esto es, del valor que tenga para mí obtenerlas.

No todas las opciones disponibles son igualmente racionales como instrumentos para aumentar la utilidad. Asumo para este ejemplo que cada bola de helado tiene para mí igual utilidad, es decir, las valoro lo mismo. Al valor de cada bola de helado le asigno, arbitrariamente, una medida de utilidad que aquí será 1. En estas condiciones, la elección de que me sirvan cuatro bolas de helado, en cualquiera de las combinaciones entre los dos sabores, tiene un valor de 4. Esto es así porque la utilidad de las bolas de vainilla y la de las bolas de helado pueden sumarse para obtener una utilidad de la cantidad total de helado. Veámoslo reflejado en el gráfico 1.

Gráfico 1



Fuente: elaboración propia.

Represento en este gráfico de doble eje las acciones de escoger entre las diferentes combinaciones de bolas de helado disponibles. Sólo hago figurar las opciones disponibles, es decir, las que suman un total de bolas de helado de hasta 4. El eje vertical *x* representa las cantidades de bolas de

helado de vainilla, mientras que el eje horizontal *y* registra las cantidades de bolas de helado de chocolate.

Las opciones (acciones) representadas en los puntos *a*, *b*, *c*, *d* y *e* son las que tienen más utilidad. Todas valen 4. Las demás opciones tienen menos valor, por ejemplo, *g, e, i* valen 3, mientras que *f* y *h* valen 2 y *k* y *l* valen 1. Las más racionales son las de mayor utilidad. Cuanto más se alejan del máximo son menos racionales. Escoger las acciones con más utilidad es optimizar el resultado de obtener, en la mayor medida posible, los bienes deseados. El fin es aumentar la utilidad.

Comparamos esta situación con la del caso *Titanic*. En él hay alguien, un tribunal, que tiene que dictar sentencia en una situación en la que son aplicables dos principios considerados mandatos de optimización, esto es, ordenan optimizar algo. El principio de libertad de expresión ordena optimizar el bien "libertad de expresión" mientras que el que protege el derecho a la personalidad ordena optimizar a éste. La optimización no se hace aquí obteniendo unidades de un producto, sino aceptando o rechazando la demanda de indemnización por afectación del derecho a la personalidad. Las acciones disponibles son decisiones judiciales posibles. El máximo que puede obtenerse respecto del derecho a la libertad de expresión equivale a rechazar por completo la demanda y no conceder ninguna indemnización al oficial retirado, tal vez incluir en la demanda el pago de costas a cargo del demandante. Respecto del bien "derecho a la personalidad", lo máximo que puede obtenerse es conceder al demandante el total de la indemnización que solicita. No es posible aceptar simultáneamente la demanda y rechazarla, por ello hay una colisión entre los dos principios. ¿Cómo pueden cumplirse los mandatos de optimización de los principios involucrados cuando la optimización de un principio limita la del otro? Mi propuesta es que se puede hacer del mismo modo que en el caso anterior. Lo que debemos hacer es optimizar la utilidad.

La utilidad consiste aquí en el valor de las acciones de optimizar cada uno de los bienes involucrados (libertad de expresión y derecho a la personalidad). No podemos dividir en unidades (como bolas de helado) la medida

en que estos bienes son optimizados, pero sí podemos decir que esto se puede hacer en una medida alta, moderada o leve.[6] Esta medición debe hacerse con relación a cada uno de los dos bienes involucrados. Por ejemplo, si el juez decide rechazar por completo la demanda, esto equivale a hacer lo más que puede para optimizar el bien "libertad de expresión". En este caso decimos que la utilidad de esta decisión respecto del bien "libertad de expresión" es alta y también que la decisión satisface el principio de libertad de expresión en una medida alta. Al mismo tiempo, cuando la decisión satisface por completo uno de los principios se ve obligada (debido a la colisión) a limitar la optimización del otro bien involucrado. A esto se lo ha llamado "intervenir" en el principio que defiende ese bien. Cuando se limita un principio, se reduce la satisfacción de éste. Por tanto, cuando se satisface por completo un principio en casos de conflicto se satisface sólo parcialmente el otro. La medida de satisfacción de los principios en conjunto constituye lo que llamamos utilidad de la decisión judicial.

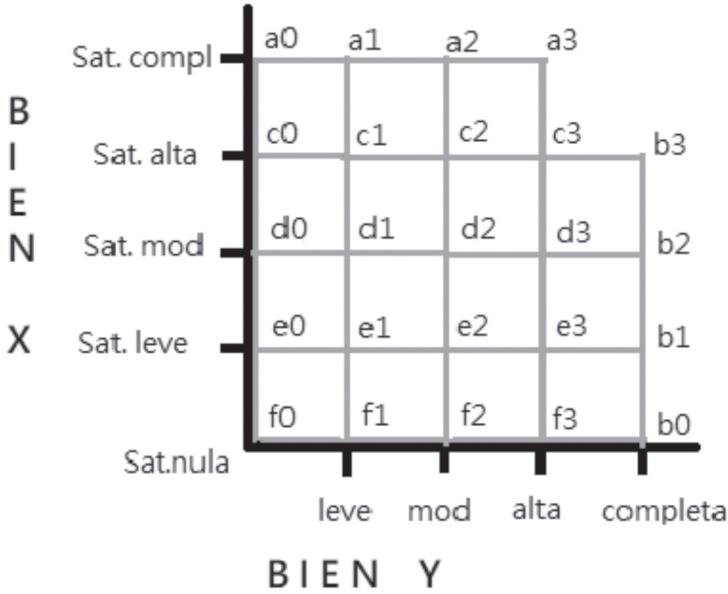
Como hemos dicho, un principio puede ser satisfecho en diferentes grados. Estos grados no pueden medirse con precisión, dado que no disponemos de un sistema de medición convencional para medir grados de satisfacción de principios jurídicos. Lo mejor que puede hacerse, y en este caso sigo a Robert Alexy, es usar una escala con pocos valores, que permitan cierta objetividad en la asignación. Siguiendo otra vez a Alexy, diremos que un principio puede ser limitado (intervenido) de manera seria, moderada o leve. Esto nos da, diferenciándonos de Alexy, una escala de al menos cuatro valores: Satisfacción máxima o completa de un principio (que consistiría en la ausencia de intervención), satisfacción moderada (intervención moderada) y satisfacción leve (intervención seria). Añado un cuarto valor, que es el correlato negativo de la satisfacción completa: la satisfacción nula o intervención completa. Alexy no considera esta posibilidad que consistiría en privar al sujeto del total del ejercicio del

[6] Sigo la propuesta de Alexy (2002, pp. 37 y ss.; 2003, pp. 440 y ss.).

derecho, al menos en el caso particular. En la práctica es probable que una intervención tan dramática no ocurra. Sin embargo, desde el punto de vista teórico es posible considerarlo.

En la literatura sobre ponderación usualmente se consideran disponibles dos decisiones judiciales: la que satisface en la mayor medida posible un principio p1 limitando parcialmente otro p2, y la que satisface al máximo p2 limitando a p1. Son modelos binarios de toma de decisión. Sin embargo, si consideramos el total de las decisiones que el juez podría tomar, éstas no tienen por qué reducirse a la opción prioritaria por un bien (por la aplicación de un principio) a costa del otro. Podría decidir satisfacer y limitar parcialmente ambos principios. Lo decisivo respecto de la racionalidad es la utilidad. En el gráfico 2 podemos ver cuáles son las decisiones lógicamente posibles en un caso cualquiera de colisión de principios, usando una escala de satisfacción que distinga grados: completo, alto, moderado, leve y nulo.

Gráfico 2



Fuente: elaboración propia.

Como se ve, hay una gran cantidad de decisiones lógicamente posibles. Se trata de un modelo múltiple. Por supuesto, no todas estarán disponibles para la toma de una decisión judicial. Algunas no serán fácticamente posibles, otras podrían estar legalmente prohibidas o no ser competencia del juez escogerlas. Pero es de capital importancia ver la amplitud lógica dentro de la cual habrán de buscarse las disponibles y, entre ellas, después, la o las mejores.

La variedad de decisiones posibles contrasta con las aproximaciones usuales a la ponderación, en las cuales sólo se considera a las decisiones del tipo a1, a2, a3 y b1, b2 y b3, eso es, las que satisfacen en el máximo posible un principio que se escoja como prioritario, limitando al otro. En las propuestas binarias se escoge la mejor de las decisiones disponibles de a1 a a3, la mejor de b1 a b3, y se opta entre esas dos mejores. Si, por ejemplo, en la etapa del examen de proporcionalidad[7] previas a la fórmula del peso, se eliminan a1 y a2 por un lado, y b1 y b3 por el otro (por ejemplo, a1 y b2 se descartan por no cumplir con el subprincipio de necesidad y b3 por ser fácticamente imposible), entonces llegan a la etapa final las decisiones a3 y b2.

La idea que subyace a estos enfoques es que la decisión se realiza escogiendo un principio en el caso particular hacia el cual se orienta la decisión. Si uno es prioritario entonces se debe defender ese, limitando el otro. Pero no hay nada en la naturaleza de los principios (en tanto mandatos de optimización) que obligue a priorizar uno de los dos en el caso particular. La optimización, vista como la búsqueda de la opción que aumente la satisfacción de los bienes jurídicos considerados, puede ser dada tanto por las decisiones que priorizan un principio como por las que satisfacen y limitan a ambos a la vez. La única alternativa excluida

[7] Alexy considera que la ponderación se realiza por medio del examen de proporcionalidad, que consiste en aplicar tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, que se aplica mediante la fórmula del peso. Véase, p. ej., Alexy (2002) o Alexy (2003).

por principio (porque de lo contrario no habría colisión) es la satisfacción completa de ambos bienes.

A diferencia de los enfoques estandarizados, mi propuesta permite reconocer muchas alternativas lógicamente posibles, no sólo las que consisten en optar por aplicar un principio sobre el otro. No hay razones *a priori* para preferir un principio y excluir decisiones que, atendiendo parcialmente a ambos, puedan incluso tener más utilidad, es decir, satisfacer más a ambos, tomados conjuntamente.

Todavía no sabemos qué decisión es óptima. Para eso necesitamos calcular la utilidad. Lo que debe quedar claro es que lo que busca este modelo es la optimización de los bienes involucrados. Específicamente, la optimización de los bienes jurídicos protegidos por principios constitucionales.

C. Utilidad y satisfacción de principios

Como los principios son mandatos de optimización (por definición), entonces no podemos esperar la satisfacción plena de un principio en general, porque por su naturaleza tienen fines que suelen no completarse. Por ejemplo, un principio que defiende la igualdad de todos los habitantes de una nación se entiende que se cumple realizando acciones que aproximan a ella. No es requisito y de hecho es fácticamente imposible, obtener igualdad completa (en cualquiera de los sentidos de igualdad que se usan en ética o en filosofía política). Por eso no podemos afirmar, digamos, que una decisión que defiende la libertad de expresión de la revista *Titanic*, satisface por completo el principio de libertad de expresión. Sin embargo, en el caso particular de la demanda del oficial retirado contra la revista *Titanic*, sí hay un máximo que se puede lograr. Ese máximo es lo que la decisión judicial puede hacer, en ese caso particular, para optimizar el derecho subjetivo de la revista *Titanic* a su libertad de expresión. Es en este sentido restringido que, si el tribunal opta por rechazar la demanda contra la revista, satisface por completo el derecho a la libertad

de expresión y el principio de libertad de expresión, en el caso concreto. En este uso de "satisfacción", el de resguardar en el caso concreto el derecho subjetivo en la mayor medida posible, las decisiones a0 a a3 satisfacen completamente libertad de expresión y las decisiones b0 a b3 satisfacen por completo el derecho a la personalidad. En el caso concreto, las demás decisiones también satisfacen cada bien de manera moderada, leve y, en casos extremos, nula.

Consideremos ahora el valor o utilidad de esas decisiones. Podemos preguntarnos ¿valor según quién? La misma pregunta presupone que las asignaciones de valor son siempre subjetivas, es decir, relativas a un sujeto. Esto no es verdad. Las asignaciones de valor son relativas a un sistema de medición, pero esa medición puede ser tan objetiva como lo sea el sistema de medida. Es lo que sucede con la medición del peso, el volumen, la distancia, la temperatura, etc. Para el cálculo de satisfacción de principios no hay un sistema métrico; sin embargo, de ahí no se sigue directamente que la asignación sea en su totalidad subjetiva. Aún sin disponer de sistemas precisos, el entendimiento convencional de los conceptos compartidos nos permite estar de acuerdo en que, por ejemplo, el secuestro es una limitación seria del derecho a la libertad personal o a la autonomía, mientras que la obligación de usar cinturón de seguridad no lo es. El órgano decisor, por compartir el lenguaje y los conceptos asociados a él, puede hacer uso de esos conceptos compartidos y, en ese sentido, objetivos o, por lo menos, intersubjetivos.

Es discutible y ha sido motivo de muchos debates en el tema y críticas a la ponderación jurídica, la posibilidad de objetividad en la asignación de escalas de limitación de los principios jurídicos y otros elementos valorativos. Según quién tenga razón en este debate, la utilidad será puramente subjetiva (relativa a las preferencias del juez) o no. Gran parte de la literatura sobre ponderación se enfoca en analizar la posibilidad de asignar valores, en alguna medida, objetivos y muchos concluyen que no la hay. La conclusión depende en gran parte de qué tan exigente se sea en cuanto a la medida de objetividad. Una parte interesante de la discusión trata

la posibilidad de comparar los valores defendidos por los diferentes principios.[8]

En cualquier caso, la racionalidad de la decisión dirigida a optimizar la utilidad no depende de la objetividad de esas asignaciones de valor. La decisión es racional, en el sentido que uso aquí, cuando optimiza la utilidad respecto de una asignación de valores dada. No discutiré aquí de dónde surgen esos valores, sin están (explícitos o implícitos) en el sistema jurídico, si surgen de convenciones sociales, de valores morales o si, como Alexy cree, son asignaciones que pueden defenderse razonablemente en el marco del discurso jurídico. Son asuntos importantes de justificación externa (respecto del mecanismo de ponderación, que determina la racionalidad de una decisión apoyado en premisas acerca de esos valores). Que me ocupe aquí sólo del mecanismo de optimización significa, en términos de Alexy, que este es un trabajo acerca de la justificación interna del mecanismo de la ponderación.

La única restricción que propongo, y en esto sigo a Alexy, es usar una escala con pocos niveles entre los cuales hay distancias importantes de separación. Así, en medidas como limitación seria, moderada y leve es posible cierto consenso que no se lograría con una escala más precisa. Es más o menos obvio que clausurar una revista sería una afectación mucho más seria de la libertad de expresión que la concesión de indemnización demandada en el caso *Titanic*. Este tipo de escala de valores es en parte una intromisión en la justificación externa, porque da cuenta de la dificultad de asignar valores más precisos de manera razonable. Como veremos, aun usando una escala tan rudimentaria, el modelo mostrará distinciones finas. El mecanismo mostrará la posibilidad de acciones con valores in-

[8] Una discusión interesante sobre la posibilidad de la ponderación puede verse en Atienza-García Amado, 2012. También sobre racionalidad, enfocados en inconmensurabilidad y comparabilidad de principios o valores, pueden leerse Urbina, 2015 y Da Silva, 2011. Véase especialmente, Urbina (2017, pp. 39-74), en el que el autor dedica un capítulo al problema de la inconmensurabilidad en la ponderación.

termedios que, tal vez no habiendo sido consideradas en un principio, el decisor puede contemplar a lo largo del análisis.

Cuando la clasificación en un nivel sea dudosa, el resultado de la evaluación será igualmente dudoso. El mecanismo que propongo para ponderar depende de que sea posible asignar valores a los grados de satisfacción de los principios. Si no es posible hacerlo de forma objetiva, al menos la decisión de quien los asigna (el juez) será racional, si los usa de manera consistente y, conforme con esa asignación, escoge la decisión con más utilidad. Lo racional es la ponderación en el sentido de "mecanismo de optimización". Es racional porque, dado un sistema de preferencias (asignación de valor) que satisface ciertas reglas lógicas, muestra la o las decisiones preferibles en ese mismo sistema.

Tanto el mecanismo de ponderación de Alexy como este pueden verse como herramientas para ordenar preferencias sobre estados de cosas. En un interesante trabajo Lars Lindhal (2009) se propone determinar qué es lo que de hecho hace el examen de proporcionalidad de Alexy, y muestra que el resultado es dar un orden dentro del cual pueden ubicarse una cantidad de decisiones posibles, o los estados de cosas que son su resultado. En este orden se ponen de manifiesto relaciones de jerarquía y distancia entre las posiciones del orden. Resulta una especie de molde donde hay siete niveles según el valor de las decisiones, en el cual se pueden ubicar 27 decisiones. En los niveles superior e inferior hay una sola acción, tres en los niveles segundo y sexto, seis en el tercero y el quinto y siete en el nivel cuarto. Para cualquier caso de ponderación, habrá una cantidad total máxima de 27 decisiones posibles, entre las que estarán las dos sobre las que en última instancia deberá elegir el juez. El trabajo de Lindahl es muy esclarecedor.

Mi modelo hace lo mismo que el de Alexy, da herramientas para ordenar preferencias. Ordena decisiones posibles. Un orden de preferencia, para ser (internamente) racional, debe vincular a los elementos ordenados por una relación (llamada relación de preferencia estricta y que leeremos

"*x* es mejor que *y*"). Esta relación debe ser transitiva y asimétrica. Que sea transitiva significa que, si una opción *x* es mejor que *y*, y *y* mejor que *z*, entonces *x* es mejor que *z*. Que sea asimétrica significa que, si *x* es mejor que *y*, entonces es falso que *y* sea mejor que *z*. Diremos que una opción *x* es mejor que otra *z* si y sólo si la utilidad de *x* es mayor que la de *z*. Como la relación de ser mayor cumple las propiedades requeridas para la relación de preferencia, la utilidad proporciona un orden de preferencias racional.

Cualquier mecanismo de orden que atribuya valores numéricos satisface los tres principios, si entendemos "preferible" (relación de preferencia estricta) como tener mayor valor. Tanto el sistema de Alexy como el que aquí propongo cumplen con los principios de la lógica de la preferencia y son, en este sentido, racionales.

Veamos ahora cómo calcular la utilidad. El primer punto por considerar es el modo en que se incrementa la utilidad a medida que aumenta la satisfacción. En economía se utiliza a menudo el concepto de utilidad marginal decreciente. La utilidad marginal es el incremento de utilidad por cada unidad del producto o bien adicional. Así, por ejemplo, si para mí todas las manzanas me proporcionan la misma cantidad de utilidad, es decir, si el beneficio que obtengo de que me den una manzana es el mismo independientemente de cuántas manzanas tengo, entonces el incremento de la utilidad o utilidad marginal será constante. En una hipótesis así, si valoro con 1 el que me den una manzana, valoraré con 2 el que me den dos manzanas, con 3 el que me den tres manzanas, y así sucesivamente. Sin embargo, suele ocurrir que el valor subjetivo que damos a un bien cuando ya tenemos una cantidad de éste decrece cuando aumenta la cantidad que tenemos. Si no tengo ninguna manzana, la primera que obtenga me dará una cantidad de satisfacción mayor que la que obtendría si, teniendo ya dos docenas de manzanas, me regalaran una más. Lo mismo sucede, por ejemplo, con el dinero. La utilidad es subjetiva porque consiste en el valor que el sujeto le da a cada bien adicional, dado que ya tiene una cantidad de ese bien. En cambio, es un hecho

empírico que los sujetos tienden a darle menos valor a las unidades adicionales respecto de una variedad de bienes económicos. Si la utilidad marginal es decreciente respecto de un bien, entonces con cada bien adicional la utilidad aumenta, pero no de manera constante sino que aumenta cada vez menos. Incluso podría ocurrir que dejara de incrementarse y, al contrario, adquiriera un valor negativo. Cuál es la utilidad marginal, depende de cada caso. A pesar de ello, me interesa hacer notar que es frecuente que la utilidad marginal de un bien sea decreciente.

Veamos qué ocurre con la utilidad de una decisión judicial respecto de la medida de satisfacción de un bien jurídico. Ya dije que utilizaremos una escala para medir esa utilidad que tiene cinco niveles: satisfacción completa, alta, moderada, baja y nula. Pero ¿cuánta utilidad tiene cada nivel? ¿El incremento de la utilidad es constante o no? Aunque se puede contestar que esto depende de cada sujeto, que tal vez el oficial retirado del caso *Titanic* valora más su derecho a la personalidad que otros individuos y que, del mismo modo, las personas pueden tener diferentes preferencias respecto a la medida de libertad de expresión que desean poseer, creo que esa respuesta está mal enfocada. No se trata de cuánto valora cada individuo sus derechos sino de cuánto son valorados por el sistema de preferencias que se está usando. En el caso de una decisión judicial por lo general se asume que los operadores del derecho aplican o deben aplicar los valores del sistema normativo. Entonces, no se trata de cuánto valora el demandante su derecho a la personalidad, sino de cuánto valora el sistema jurídico el derecho subjetivo a la personalidad del demandante. Por supuesto que habrá problemas de interpretación de ese sistema de valores e incluso puede sostenerse que en ocasiones es tan vago que, la decisión del juez crea ese sistema de valores prácticamente por completo. Pero la subjetividad en ese caso no será diferente que la de cualquier otra decisión jurídica tomada en condiciones de vaguedad u otra deficiencia del derecho formulado. Como sucede a través de todo el derecho, habrá casos seguros, en los que la comunidad jurídica estaría de acuerdo, y otros dudosos.

En general puede plantearse la cuestión de si, en materia de derechos fundamentales, valoramos lo mismo la concesión de algún derecho en un contexto en que ese derecho está fuertemente limitado que en uno en el que es más extenso. Por ejemplo, supongamos que estamos bajo el alcance de un sistema jurídico que restringe de manera importante la libertad de expresión (está prohibido emitir opiniones sobre religión, sobre política, no hay libertad de reunión, ciertas ideologías están prohibidas, la educación es también controlada por el gobierno, no hay libertad de cátedra, sólo se enseña el creacionismo como teoría del origen de las especies, etc.). En una situación así, sería vista como una conquista importante una ley que permitiera, por ejemplo, enseñar en las escuelas la teoría evolucionista de Darwin. En cambio, en un contexto liberal amplio, una ley que permitiera expresamente realizar actos ofensivos contra símbolos patrios (como quemar la bandera nacional) no sería vista como una gran conquista, sino como una extensión mínima de una libertad preexistente.

Los derechos fundamentales protegidos constitucionalmente son tan importantes que una limitación seria afecta más a los sujetos en compración con una limitación leve. Son algo de lo que tener poco nos daña mucho. Estas ideas, aunque muy generales, tienden a defender la tesis de que el valor de satisfacción de derechos fundamentales, tales como los protegidos por principios constitucionales, tiene utilidad marginal decreciente. Esto implica que el incremento de utilidad a lo largo de la escala debe ir reduciéndose a medida que la utilidad aumenta.

Para dar cuenta de lo anterior, asignamos valores de la siguiente manera.

Satisfacción completa=15 (limitación nula)
Satisfacción alta=14 (limitación baja)
Satisfacción moderada=12 (limitación moderada)
Satisfacción baja=8 (limitación seria)
Satisfacción nula=0 (limitación completa)

La utilidad de una decisión, por ejemplo, c3 (en el gráfico 2) se calcula sumando la utilidad correspondiente a cada uno de los dos bienes considerados.

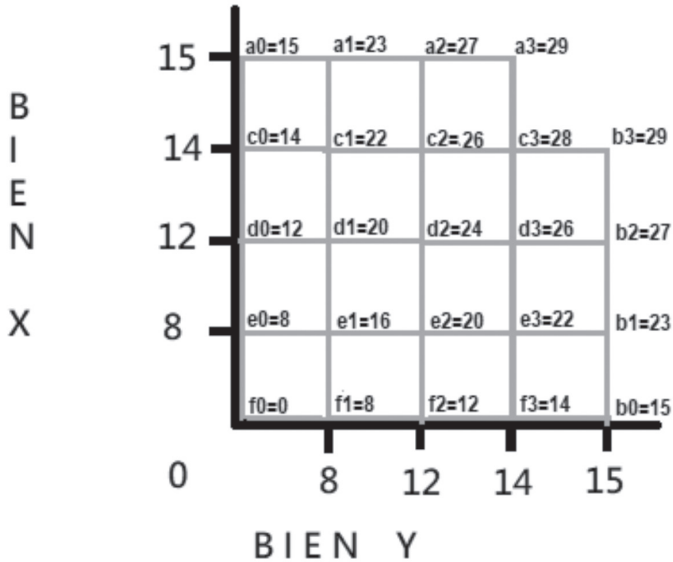
$$U(c3)= Sat(x,c3)+Sat(y,c3)=14+14=28$$

Es decir, la utilidad de la acción c3 es igual a la suma de la Satisfacción del bien *x* originada por c3 más la satisfacción del bien *y* proveniente de la misma acción.

El cálculo de utilidad nos permite asignar un valor a todas las acciones posibles. El juez no escogerá entre todas las lógicamente posibles, sino entre aquéllas que tenga realmente disponibles. La disponibilidad depende tanto de lo que tenga jurídicamente permitido[9] como de las posibilidades fácticas. Aun así, es posible que queden varias opciones a su disposición que tengan la misma utilidad. En este caso, esas opciones son idénticas en cuanto a la medida en que optimizan los dos bienes y así, en la medida en que cumplen con el mandato de los principios. Esto significa que, en cuanto a optimización, las decisiones son igualmente racionales. El gráfico 3 muestra todas las opciones lógicamente posibles y su utilidad.

[9] Alexy considera que la decisión jurídica tiene dos tipos de límites, fácticos, que intervienen en las dos primeras etapas del examen de proporcionalidad (subprincipios de idoneidad y necesidad) y jurídicos, que aparecen en la tercera etapa y están dados por la limitación mutua de los principios entre sí. Aquí estoy tomando en cuenta que puede haber más límites jurídicos, por ejemplo, podría haber una acción idónea pero prohibida, o una decisión para la cual, por la razón que fuese, el juez no tuviera competencia.

Gráfico 3



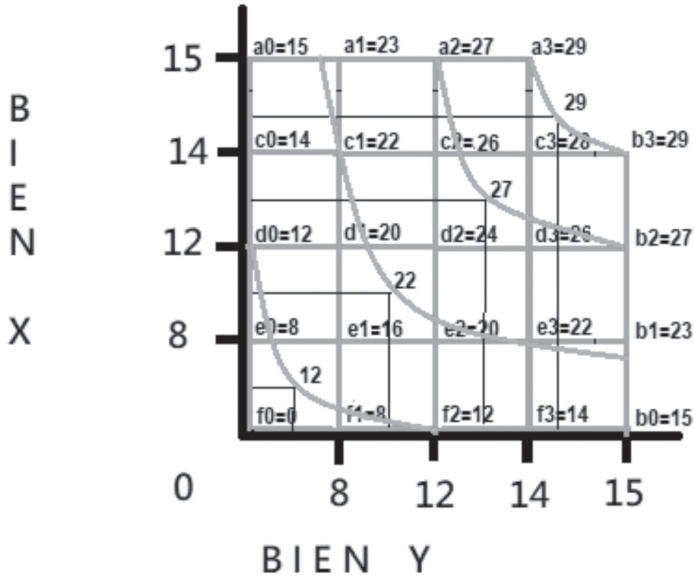
Fuente: elaboración propia.

Podemos ver que, dependiendo de cuáles opciones el juez tenga disponibles (un subconjunto de las lógicamente posibles), las decisiones que no surgen de escoger un principio sobre el otro sino de buscar un equilibrio entre la satisfacción de ambos, pueden ser alternativas viables. Por ejemplo, si el juez no tiene a su disposición ni a3 ni a4, que son las que tienen más utilidad, la siguiente acción más racional es c3, que es una decisión intermedia. Si tuviera que escoger entre las acciones a1 a a3 y b1 a b3 (como proponen las aproximaciones más frecuentes a la ponderación), su decisión tendría menos utilidad. La oportunidad de considerar lo que llamo decisiones intermedias (en el gráfico 3, las letras de la *c* a *la f*) permite a los operadores jurídicos cumplir mejor con el mandato de optimización.

Además, las decisiones que tienen la misma utilidad aparecen representadas sobre una línea. Las líneas que unen decisiones con la misma utilidad se llaman "curvas de indiferencia" (ver gráfico 4). Sobre estas líneas

se encuentran decisiones que en ocasiones dependen de niveles de satisfacción que están entre dos de los niveles a los que asignamos valor. Por ejemplo, en la mitad entre satisfacción moderada y leve. Un operador jurídico podría reconocer que cierta sentencia posible lesiona menos un derecho que otra que él mismo ha considerado que lo limita de manera moderada, pero más que una que lo hace de modo leve, y comparar la utilidad de esa decisión con otras disponibles. Un caso en el que podrían identificarse decisiones así sería uno en que el juez estuviese graduando el monto de una indemnización. Contar con un instrumento que permite identificar más acciones disponibles puede ser conveniente en el momento de dictar una sentencia. En el gráfico 4 se muestran algunas curvas de indiferencia y decisiones adicionales a las representadas a partir de los cinco niveles básicos de satisfacción. Como adelanté, este modelo, aunque parte de un menú limitado de cinco valores, permite detectar más opciones.

Gráfico 4



Fuente: elaboración propia.

Finalmente, debemos considerar la posibilidad de que los bienes jurídicos amparados por los principios constitucionales no tengan el mismo valor. Eso sucedería si uno de los dos principios fuese más importante que el otro, es lo que Robert Alexy llama "peso abstracto". En el ejemplo del helado, significaría que me gusta más el helado de chocolate que el de vainilla o a la inversa.

Si colisionaran, digamos, el derecho a la vida con el derecho al trabajo, tal vez podría considerarse implícito en el mismo sistema normativo que el derecho a la vida es más importante. ¿Qué tanto más y cómo se refleja esta diferencia en la utilidad? Podemos asignar un valor relativo a un principio respecto del otro. Asumamos que el derecho a la vida tiene el doble de importancia que el derecho al trabajo, entonces al valor de optimizar el primer derecho en el caso concreto le asignaremos el doble de utilidad que a una satisfacción similar del segundo. Esto significa que la incidencia en la utilidad del valor de la satisfacción del derecho a la vida será del doble que la incidencia que tiene el valor de satisfacer el derecho al trabajo. Para representarlo, dados dos principios p1 y p2 que consagran los valores de los bienes *x* y *y* respectivamente, si p1 tiene el doble de importancia abstracta que p2, asumimos que los bienes resguardados por esos principios son, correspondientemente, doblemente valiosos.

$$U(a)= U(x,a)\cdot\tfrac{2}{3}+U(y,a)\cdot\tfrac{1}{3}$$

La utilidad de una acción a equivale a la utilidad de esa acción respecto de un bien *x*, multiplicado por dos tercios, que es la incidencia que tiene el resguardo de ese bien en la utilidad total, todo eso sumado a la utilidad de esa misma acción respecto del segundo bien, multiplicada por la incidencia de la utilidad de ese bien en la utilidad total.

En general

$$U(a)=U(x,a)\cdot\alpha+U(y,a)\cdot\beta, \text{ donde } \alpha+\beta=1$$

D. La decisión en el caso *Titanic*

La sentencia que dictó el Tribunal Constitucional alemán fue una suerte de decisión intermedia. Decidió por separado acerca de la indemnización por la expresión "asesino nato" y por "tullido". Veamos lo que ocurrió.

Ambos principios se consideraron igualmente importantes, con el mismo peso abstracto. En estas circunstancias el peso abstracto o importancia relativa de un principio respecto del otro no necesita incorporarse a la ecuación. Se sostuvo que, en caso de conceder la demanda amparando así el derecho a la personalidad, la intervención en la libertad de expresión era alta. Por su parte, se entendió que en caso de rechazar la demanda (amparando el derecho a la libertad de expresión), la intervención en el derecho a la personalidad al permitir a la revista (no sancionándola) el uso de la expresión "asesino nato" sería sólo moderada. Comparando las opciones, el tribunal escogió aquella que interviniera menos en algún derecho. Se rechazó la demanda respecto de la expresión "asesino nato". Al contrario, en el caso de la expresión "tullido" se aceptó la demanda, por considerar que esta expresión sí lesionaba seriamente el derecho a la personalidad. En estas condiciones las decisiones de aceptar y rechazar la demanda por "tullido" tenían el mismo valor, por lo que el tribunal tenía discreción para escoger cualquiera. Ésa fue la manera en que de hecho se resolvió.

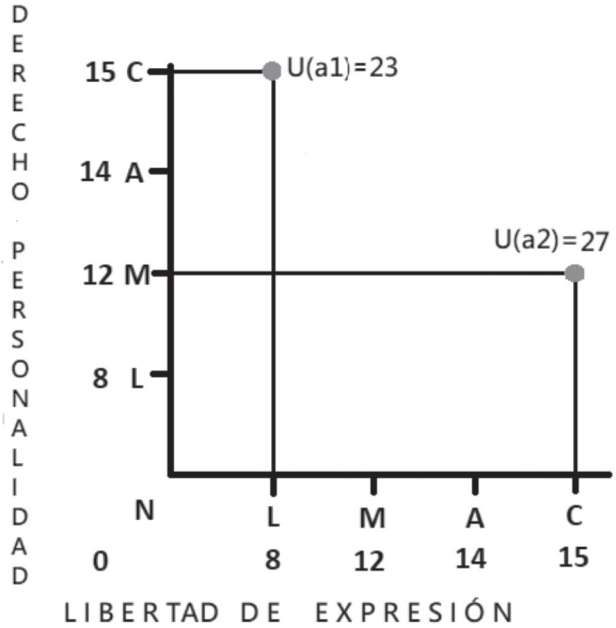
Así, respecto de la expresión "asesino nato". El tribunal consideró dos opciones

> a1: aceptar la demanda.
> U(a1)=Sat(LE,a1)+Sat(DP, a1) (La utilidad de la acción a1 es igual a la suma de la satisfacción del derecho a la libertad de expresión más la satisfacción del derecho a la personalidad por esa misma acción)
>
> U(a1)=8+15=23

a2: rechazar la demanda
U(a2)=Sat(LE, a2)+Sat(DP, a2) ´
U(a2)=15+12=27

La utilidad de a2 es mayor que la de a1. Por tanto, se debe rechazar la demanda. Esta manera de decidir está representada en el gráfico 5.

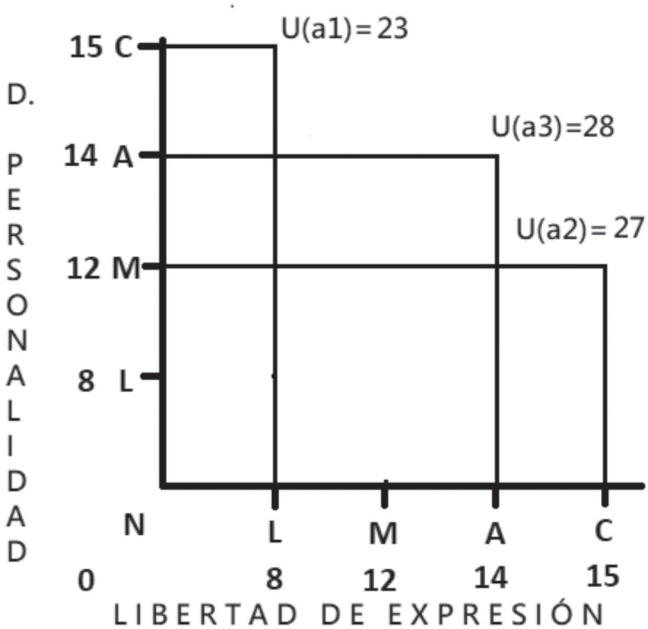
Gráfico 5



Fuente: elaboración propia.

Notemos que el tribunal partió de la necesidad de escoger uno entre los dos principios y protegerlo prioritariamente, limitando sólo el otro. Al partir de esa premisa, su decisión se mantuvo siempre en lo que llamamos las líneas *a* y *b*, ambas de satisfacción completa para alguno de los principios. Si hubiesen tomado en cuenta decisiones de satisfacción parcial de ambos principios, tal vez hubieran encontrado disponible una opción como a3 que vemos en el gráfico 6, en la cual se limitan sólo levemente ambos derechos involucrados.

Gráfico 6



Fuente: elaboración propia.

Eso pudo haberse hecho, por ejemplo, aceptando parcialmente la demanda. En realidad, eso fue lo que ocurrió. Al decidir por separado el reclamo por la expresión "asesino nato" y el reclamo por "tullido", el tribunal decidió, en parte, en favor de la libertad de expresión y, en parte, en favor del derecho a la personalidad. En esta ocasión en particular se pudo resolver el caso dividiéndolo en lo que podríamos considerar dos casos distintos, cada uno con sus decisiones posibles y sus asignaciones de utilidad. Pero esa operación no siempre está disponible. Cuando no lo está, si no se cuenta con una herramienta que permita calcular la utilidad de decisiones de satisfacción parcial, el decisor pierde la oportunidad, cuando está disponible en la práctica, de tomar la decisión que mejor optimiza los bienes jurídicos que se intenta proteger.

E. Utilidad y decisión jurídica, un paso más allá de la ponderación

Como anticipé, el modelo de ponderación que propongo, basado en utilidad, entendiendo utilidad por la medida en que se optimiza la obtención de ciertos bienes protegidos por principios en colisión, no pretende ser una teoría general de la decisión judicial en casos de principios en colisión. En este contexto ¿cuál es el rol de lo que llamo "ponderación"?

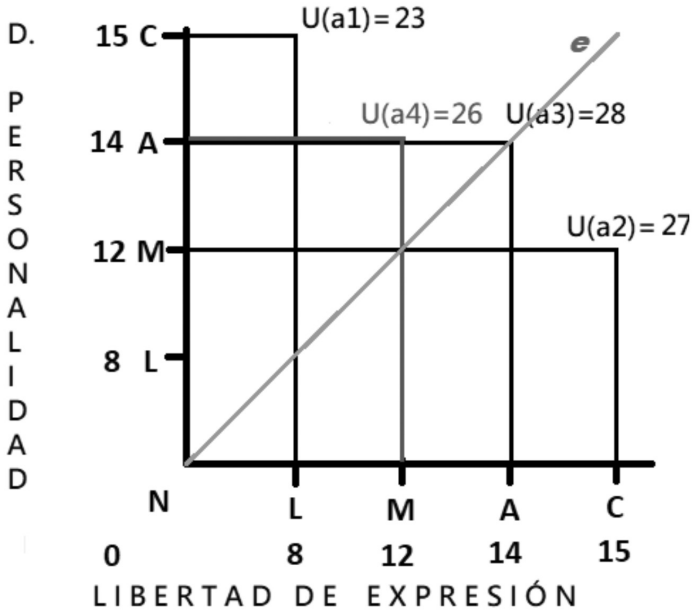
Provee un criterio de determinación o evaluación de decisiones posibles respecto de la optimización conjunta de dos bienes tales que la optimización de cada uno de ellos limita la del otro. Tanto si se intenta aplicar el derecho por considerarlo intrínsecamente obligatorio, cuanto si se pretende obedecerlo por razones morales, así como en cualquier otro caso en que se pretenda aplicar máximas de optimización en conflicto, se necesitará un criterio de ponderación como éste. Ponderar, en el sentido que propongo aquí, es al menos parte, aunque importante, de lo que las decisiones judiciales intentan hacer y también de lo que usualmente se asume que deben hacer.

Sin embargo, es posible que los jueces deseen o incluso que deban tomar en cuenta otros elementos. Uno de ellos que me parece especialmente importante es la equidad. Cuando se trata de defender derechos fundamentales parece ser al menos moralmente relevante no defender los derechos de unos individuos a costa de los de otros. Incluso podría haber una obligación jurídica de buscar la equidad en la decisión judicial, dependiendo esto del sistema positivo particular.

Las aproximaciones estándar a la ponderación jurídica sólo consideran, entre las decisiones disponibles, las que satisfacen por completo uno de los principios y limitan el otro. No tienen en cuenta las decisiones igualmente disponibles que buscan un equilibrio entre la limitación y satisfacción de los derechos de los distintos individuos afectados. Pero estas decisiones podrían ser más justas. Incluso una decisión con una utilidad menor podría ser más deseable si se tiene en cuenta la equidad.

Consideremos una decisión a4, que añadimos a las anteriores en el gráfico 7.

Gráfico 7



Fuente: elaboración propia.

Si no estuviera disponible a3, la siguiente decisión disponible con más utilidad que debería adoptarse conforme a la ponderación es a2. Pero tal vez si se tiene en cuenta la equidad, la mejor decisión sea a4, que tiene una utilidad un poco menor, pero es más equitativa entre los derechos de ambas partes. No es la decisión más racional si lo que se intenta es ponderar en el sentido restringido de optimizar la satisfacción de los derechos involucrados, pero tal vez sea la más justa. Las decisiones que se aproximan a la equidad son, gráficamente, las próximas a la línea *e* (línea de equidad) que une los puntos que representan las decisiones judiciales en que se resguarda los dos principios por igual. Si tuvieran diferente peso abstracto, la línea desplazaría hacia el más importante. La equidad consiste, como la entiendo aquí, en una distribución igualitaria de utilidad (no de

satisfacción) entre los sujetos de derecho amparados por los principios en colisión.

Podría intentarse una teoría de la decisión que combinara utilidad con equidad, pero la simple combinación sería algo *ad hoc*. Una teoría completa debe incluir todos los elementos que se considere que se deben tomar en cuenta en una teoría adecuada de la decisión judicial y combinarlos de manera coherente y adecuada. No es mi intención aquí avanzar en una teoría tal. Sólo me interesa mencionar que la optimización de los principios constitucionales puede no arrojar una decisión final, aun cuando esté justificada la obligación de optimizar conforme a los mandatos de los principios constitucionales en colisión.

F. Conclusiones

Presenté un método para la ponderación jurídica. Ésta se propone como una herramienta formal para escoger la decisión que mejor optimiza los bienes jurídicos defendidos por principios en pugna.

Explico un modelo basado en la utilidad para mostrar que la optimización puede darse por medio de una variedad de decisiones que incluyen no sólo la protección prioritaria de un bien a costa del otro, mediante la aplicación prioritaria de un principio en el caso particular, sino la posibilidad de buscar un equilibrio entre la satisfacción y limitación de los derechos en colisión. Se distingue del modelo estándar en la literatura (el de Robert Alexy) en que no obliga a la elección entre dos decisiones (operación que supone la elección de uno de los principios en pugna). Es un modelo múltiple porque presenta al decisor una gama amplia de decisiones, cada una con su grado de utilidad.

Este mecanismo permite escoger la o las decisiones más racionales en el sentido de señalar las mejores de ellas, en un orden de preferencia determinado por la utilidad. La decisión no debe tomarse entre todas las deci-

siones lógicamente posibles, sino entre las que integran el conjunto de las efectivamente disponibles para el juez. Esto reduce a unas pocas las opciones.

No propongo la ponderación como una herramienta completa para la elección final de la o las decisiones jurídicamente correctas. La decisión judicial necesita incluir otros elementos, además de la optimización prescrita por los principios jurídicos. Por ejemplo, el más obvio, aunque fácil de cumplir, es la justificación de la obligación de obedecer los principios. La ponderación es entonces una herramienta necesaria pero no suficiente para escoger o para juzgar las decisiones jurídicas en casos de colisión de principios. Sugerí que ciertas consideraciones de justicia, apoyadas en equidad, podrían ser relevantes y poner restricciones a la misma obligación de optimizar.

Este modelo es importante porque presenta una alternativa al examen estándar de ponderación, en particular, a la fórmula del peso de Alexy, la cual hasta ahora se ha aceptado o rechazado como un todo, sin análisis riguroso.

Al mismo tiempo, abro aquí la discusión sobre las herramientas formales para el análisis de la ponderación jurídica. Esto invita a que en la literatura se sugieran otros modelos. Alienta a revisar crítica y rigurosamente lo que se había dado por sentado, a mejorar lo existente y a desarrollar opciones nuevas.

Fuentes

Alexy, R. (1978). *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp (Fráncort del Meno, 1978). [Traducción al español (2007) *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Palestra Ed.]

Alexy, R. (1985). *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt. [Traducción al español (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid].

Alexy, R. (2002). *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, *Revista Española de Derecho Constitucional* (22) 66:13-64.

Alexy, R. (2003). "On Balancing and Subsumption", *Ratio Juris* (164) 433-49.

Alexy, R. (2010). *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México.

Atienza, M. y García Amado, J. (2016). *Un debate sobre la ponderación*, Palestra-Temis, Lima, Bogotá.

Armenta Ariza, A. (2019). "El test de proporcionalidad: Su uso y aplicación en la jurisprudencia de la corte constitucional Colombiana", *Verba Iuris* (41)121-133.

Bindi, E. (2016). "Proportionality test in the 'Age of balancing'", UNED. *Revista de Derecho Político* (96) 291-330.

Covarrubias Cuevas, I., (2014). "¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad?» *Estudios Constitucionales* (12) 1: 163-137, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Chile.

Da Silva, V., (2011). "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision", *Oxford Journal of Legal Studies* (31) 2: 273-301.

Lindahl, L., (2009). "On Robert Alexy's Weight Formula for Weighing and Balancing", *Liber Amicorum de José de Sousa Brito,* Coimbra: Almedina, vol. 1, pp. 355-376.

Urbina, F. (2015). "Inconmensurability and Balancing", *Oxford Journal of Legal Studies* (35) 3: 575-605.

Urbina, F. (2017). *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge University Press, Cambridge.

http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/

Los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación muestran un uso creciente del test de proporcionalidad para distintos fines, además es una de las metodologías de adjudicación más discutidas por la academia jurídica desde diferentes latitudes y tradiciones. Es necesario ahora plantear interrogantes más específicas que contribuyan a darle una aplicación concreta como una técnica confiable y ajustada a la seguridad jurídica, cuya respuesta brinde elementos para explicar mejor la metodología en todos sus aspectos, y a resolver sus problemas en la práctica.

En tal virtud, el Centro de Estudios Constitucionales determinó que la primera versión de su línea de investigación sobre Metodologías de la Adjudicación Constitucional se dedicara a explorar el test de proporcionalidad. El seminario permanente sobre este tema ha reunido a académicos, operadores jurídicos y estudiantes que se interesen en el test de proporcionalidad y en sus complejidades como herramienta de decisión judicial. Como un primer producto de este seminario, se publica *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, cuyos textos integrantes son muestra del dinamismo de la discusión que suscita el test como metodología de adjudicación constitucional.

Se espera que esta obra impulse una reflexión más extendida y profunda de las condiciones de legitimidad argumentativa y conceptual de las decisiones judiciales en el ámbito constitucional.